

ENSAYO SOBRE LA CRISIS DE LA RAZÓN JURÍDICA: (formalismo versus principios y/o valores)*



Andrés Botero Bernal**

Recibido: abril 4 de 2006

Aprobado: mayo 8 de 2006

RESUMEN

En la actualidad emergen con gran fuerza varias teorías que en general son denominadas jurisprudencia de valores y discurso principialístico. Estas teorías son muy variadas, sin embargo presentan algunos elementos comunes, dos de los cuales son su enfrentamiento al formalismo jurídico latinoamericano y la aplicación de postulados tenidos como superiores por encima de los contenidos de la norma escrita. En este escenario se nos ha hecho creer que sólo hay dos opciones: el formalismo jurídico o la jurisprudencia de valores y/o de principios, pero esta dicotomía, además de falsa, remite a la idea inconveniente de que de un extremo sólo podemos pasar al otro, sin considerar puntos intermedios.

Este trabajo analiza la jurisprudencia de valores y el discurso principialístico, para plantear sus peligros en la sociedad colombiana contemporánea (e incluso la latinoamericana), así como los riesgos derivados de pasar de un extremo al otro, todo con el fin de sentar las bases para otras propuestas jurídicas que impliquen una lucha por un mejor derecho

* El presente ensayo es un producto de la investigación denominada “Los principios jurídicos en el ejercicio de la función jurisdiccional colombiana en la actualidad”, en la cual el investigador principal fue el prof. Sergio Estrada Vélez y el coinvestigador el autor del presente artículo. Investigación financiada por la Universidad de Medellín.

** Abogado y filósofo. Profesor e investigador de la Universidad de Medellín.
Correo electrónico: anbotero@udem.edu.co.

escrito que no sea formalista pero que tampoco delegue la capacidad de encauzar los conflictos a postulados inciertos o a escuelas jurídicas que se autoasignaron la tarea de legisladores.

PALABRAS CLAVE: Formalismo, principialismo, jurisprudencia de valores, neoconstitucionalismo, encauzamiento de los conflictos, antinomias, prevaricato.

ABSTRACT

Nowadays, many theories that are generally denominated jurisprudence of values and principalistic discourse emerge with a great force. These theories are quite varied, although they have some common elements, two of which being their antagonism to the Latin American juridical formalism and the application of postulates that are considered as superior and above all contents of the written norm. Within this scenario we have come to believe that only two options lie ahead: the juridical formalism or the jurisprudence of values and/or principles; but this dichotomy, aside from being false, leads us to the inconvenient idea that we can only shift from one extreme to the other, without considering any in-between issues.

This article analyzes the jurisprudence of values and the principalistic discourse in order to expound its risks on the contemporaneous Colombian (even the Latin American) society, as well as those risks derived from shifting from one extreme to another, all with the purpose of setting the bases for other juridical proposals that would imply a struggle for a better written law that will not be formalist, although nor would it delegate the capacity to channel the conflicts through uncertain postulates or juridical schools that self-assigned the task of legislating.

KEY WORDS: Formalism, Principlism, Jurisprudence of values, neo-constitutionalism, Conflict Channeling, antinomies, breach of trust.

1. INTRODUCCIÓN

El presente escrito pretende poner en evidencia los peligros presentes en el debate contemporáneo entre dos fuerzas antagónicas: el formalismo jurídico (en su vertiente latinoamericana) y la jurisprudencia de valores y principialística¹. Por espacio, no habrá oportunidad en este escrito de proponer una alternativa a dicho debate, pero que sirvan estas páginas

para sentar las bases que luego serán utilizadas en posteriores trabajos académicos más propositivos en lo que toca al sistema jurídico colombiano y, por qué no, al latinoamericano. No obstante, dichos trabajos propositivos que desde ahora se anuncian deberán tener una característica común: lo posible. No se trata, pues, de defender la postura deseable si esto implica lo imposible. Cualquiera desearía que el derecho fuera perfecto, que no hubiera ham-

bre ni violencia, pero la utopía no es válida en el campo jurídico cuando se trata de plantear soluciones concretas a la sociedad que las reclama. Esto obliga a pensar que la iusfilosofía debe estar históricamente documentada y ser sociológicamente competente para evitar con ello el mal utopismo, y reconocer así las difíciles elecciones que se deben tomar en la vida política. Se propondrá y se defenderá, entonces, lo posible, es decir, aquello que implique condiciones serias de mejoramiento del derecho para que éste pueda enfrentarse exitosamente a los mayores riesgos que se corren en las sociedades tercermundistas, uno de los cuales es la emergencia de sistemas jurídicos para o contra estatales que amenazan la legitimidad misma de las pretensiones democráticas (débiles aún en nuestras sociedades).

En consecuencia, el presente ensayo planteará el dilema de la crisis jurídica enmarcado en la función judicial y en la historicidad y la culturalidad del derecho mismo, para luego evidenciar cómo el estudio del prevaricato, de las anomias, de las antinomias y de las lagunas permite arrojar una solución posible a la crisis planteada, solución que será pormenorizada en posteriores escritos.

Para finalizar, debe indicarse que el presente artículo es un producto de la investigación denominada "Los principios jurídicos en el ejercicio de la función jurisdiccional colombiana en la actualidad", financiada por la Universidad de Medellín, adscrita a la Línea de Teoría del Derecho (Grupo de Investigaciones Jurídicas). Este

proyecto fue realizado aplicando, fundamentalmente, el método documental o bibliográfico, para lo que se hizo un riguroso estado del arte del problema planteado, por medio de la técnica de "resúmenes analíticos". Igualmente, se realizaron fichas jurisprudenciales que dieron cuenta del tratamiento que en las Altas Cortes colombianas se ha dado a la aplicación judicial de los principios y al prevaricato. Súmese que se encuestó a una muestra muy representativa de los jueces de la ciudad de Medellín, que arrojó datos que serán expuestos en otros trabajos resultados del presente proyecto.

2. LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

La elección de la solución posible implica, de alguna manera, recordar ciertos aspectos básicos para el derecho, como lo es, por ejemplo, su función. Mucho se ha dicho que su principal cometido no es otro que el de resolver conflictos, pero razón tiene Luhmann², entre otros, al señalar que dicho fin le queda grande a las posibilidades reales de lo jurídico. El derecho es un mero encauzador de ciertos conflictos, incluso llega a potenciarlos, siendo deseable que se encaminen por la ruta establecida evitando así expresiones resolutorias tomadas por perjudiciales (como la violencia, la autocomposición arbitraria, etc.). De esta manera, el derecho encauza según varios niveles de generalidad, para promover un equilibrio dinámico del sistema social y de las interacciones así como

para garantizar esquemas de variabilidad: el derecho “en primer lugar, advierte (o trata de advertir) las grandes tendencias de la época y los problemas colectivos que ellas generan, y trata de adaptar estos efectos al equilibrio social mediante acciones lentas y duraderas (la función legislativa). En segundo lugar, observa la marcha cotidiana de los acontecimientos y dispone de recursos rápidos para corregir los que considera desequilibrios coyunturales (la función ejecutiva). En tercer lugar, está atento a los desvíos individuales de la línea de equilibrio y –cuando puede– intenta revertirlos o compensarlos (la función judicial)... La retroacción requiere el empleo

de reservas para corregir o compensar la excesiva fluctuación advertida desde el modelo adoptado; pero cuáles reservas se usen, cómo se las obtenga y acumule, dónde se las encuentre y de qué modo pueda echarse mano de ellas para su empleo concreto son problemas

que dependen de ciertos canales y mecanismos que integran lo que los sistemistas llamarían un esquema de variabilidad... Y ese esquema está inscrito en el sistema jurídico”³. Entonces, el derecho, al encauzar los conflictos, posibilita un equilibrio dinámico dentro de un esquema de

variabilidad, sin erradicarlos, pues existen otros mecanismos sociales más aptos para ello.

Ha sido pues parte de la prepotencia de lo jurídico creerse la panacea del sistema social, descargando sobre sí mismo todas las responsabilidades posibles pretendiendo dar solución a todas, logrando únicamente aumentar el número de fracasos, en vez de institucionalizar acuerdos y medidas asumidas en respuesta a los problemas a los que se enfrentan nuestras sociedades, lo cual explica el paulatino desplazamiento que vive no sólo la disciplina jurídica sino, incluso, la misma profesión en la sociedad globalizada. Baste señalar, como característica

de la prepotencia, creer que la función judicial (cargada de principios y valores) es la que soluciona definitivamente los problemas sociales ante el fracaso político en varios países latinoamericanos de otras instancias políticas gubernamentales, asunto que generará fácilmente (si es que

ya no lo ha hecho) un desencanto, con peligros sociales muy fuertes, sobre los mismos jueces “Hércules” dado que el aparato jurisdiccional y la función judicial no están diseñadas ni podrán estarlo para enfrentar tal reto, sino sólo para encauzar conflictos individuales.



Ahora bien, si la función del derecho en sus diferentes niveles de generalidad consiste más en encauzar que en resolver ciertos conflictos, cabe preguntarse si el formalismo jurídico latinoamericano y la jurisprudencia de valores y el discurso principialístico han cumplido o pueden cumplir tal tarea.

Con respecto al formalismo jurídico colombiano⁴ ya existe abundante literatura que muestra cómo no sólo no ha cumplido tal función, sino que además se ha convertido en una fuente de violencia al imponer a los administrados criterios netamente formalistas y procedimentalistas, que minan la misma sociabilidad⁵. El formalismo-formulismo ha sido un motor de negación de justicia y un legitimador de las estructuras de poder patológicas que padece la sociedad colombiana (y parte de la latinoamericana), originando, entre otras cosas, un abandono masivo de la solicitud de justicia al Estado, prefiriéndose acudir a otros sistemas tan nefastos como lo son los grupos armados o la autocomposición violenta⁶.

Ante este estado de cosas, la jurisprudencia de valores y el discurso principialístico han pretendido (con diferentes matices, dependiendo de cada autor) dar una solución tan radical como el formalismo: la mitificación o la sobredimensionalidad del juez (quien se asume como un Hércules) y la desconfianza al derecho escrito, siendo puesto este último en un segundo plano frente a unos principios y/o valores⁷, indeterminados en cuanto su contenido, a pesar de que afirmen los seguidores de tales teorías que no

hay tal recelo⁸, en tanto son, según ellos, entidades objetivas que pueden ser aprehendidas por los operadores jurídicos de manera más o menos igual, asunto que, por cierto, transgrede no sólo las elaboraciones de varias teorías del conocimiento que pregonan la existencia de un sujeto que conoce y un objeto conocido en un mismo acto, por lo cual no hay garantía de que el conocimiento intencional (*bewusstsein*) de uno sea muy igual al del otro, así como las de la psicología constructivista que expone cómo el sujeto construye y asimila el concepto, lo que hace imposible creer en tales objetividades universales del entendimiento o de la razón práctica.

Claro está que la respuesta del principialismo y del axiologismo es cautivante, pero lo que la hace atractiva es su oposición al formalismo, con lo que fácilmente termina siendo un discurso para enfrentarse a otro, ignorando las consecuencias nefastas que podría generar si su aplicación a rajatabla se vuelve cosa común. Muchos aplauden, pues, las respuestas que el principialismo da justo a los casos donde el formalismo muestra sus perversiones, pero ¿acaso son las únicas opciones? ¿Y si la jurisprudencia de valores o el principialismo, que están de moda por su enfrentamiento al formalismo, se vuelven práctica común, no estaremos ante riesgos de gran envergadura? Ante esta última pregunta, que remite a un supuesto, sólo cabría responder que es muy posible, dado que un extremo es tan pernicioso como el otro; no en balde se dice que los opuestos se tocan.

Entonces, si el derecho busca encauzar los conflictos, es pertinente preguntarse si los valores y/o los principios serán motores aptos en el encauzamiento de los conflictos dentro del complejo y endeble sistema social latinoamericano. Aunque suene extraño a muchos, la respuesta puede ser “sí”, en ciertos casos. En una investigación pasada se mostró cómo en algunos sistemas jurídicos para estatales⁹ (como es el caso de los sistemas jurídicos comunitarios) operaba una jerarquía del principio -valor justicia, con lo que en su momento se propuso que la justicia (por su historicidad y culturalidad) en contextos concretos, regía imaginarios sociales y representaciones colectivas que de alguna manera vinculaban las respuestas que los individuos de dicho sistema jurídico emitían frente a las solicitudes que la comunidad les hacía y que en el estado actual de cosas es un sistema más efectivo que el estatal-formalista, y que generaría una mayor seguridad que la propuesta por el iusnaturalismo principialístico (incluso, si se tiene que optar, de un lado, entre los doctrinantes tenidos por legisladores –quienes por la desconfianza frente a lo(s) político(s), construyen su propio capital conceptual, racional y especializado, proyectando externamente sus estados de ánimo y sus deseos, esperando que esto obligue–; y, de otro, un derecho construido bajo la égida de la primacía de la justicia, según lo que la cultura y la historia tienen por tal concepto, preferiría la segunda opción)¹⁰.

Pero este sistema de primacía de la justicia, encontrado en estudios antropológicos, sociológicos y de psicología social, presenta peligros en lo que respecta a lo jurídico estatal (toda propuesta posible presenta peligros sociales), siendo uno de ellos el contenido que la justicia pueda asumir en situaciones críticas como las derivadas de un conflicto armado interno o en sistemas de corrupción exacerbada, por mencionar dos casos; todo lo cual legitimó y aún lo sigue haciendo la lucha por un derecho escrito –cognoscible–. Súmese a ello que el sistema jurídico estatal no está vinculado a dichas representaciones colectivas e imaginarios sociales en tanto el juez, a pesar de ser también un sujeto social, está atrapado en una telaraña formalista que lo impermeabiliza a esas cosmovisiones de los derechos vivos en los barrios periféricos de las ciudades, por citar un evento.

De esta manera, teniendo presente la actual crisis del derecho vigente –por su formalismo e ineficacia–, que el juez está impermeabilizado frente a la realidad debido al formalismo y que la respuesta axiológica y/o principialística emerge con fuerza, cabe con urgencia la siguiente pregunta: ¿qué hacer o qué camino tomar con respecto a la crisis de la razón jurídica en las sociedades latinoamericanas, especialmente la colombiana? Como se trata, pues, de sentar las bases para plantear una solución posible (esto es, real) a la demanda social, es pertinente llamar la atención sobre la metodología de apreciación de dicha respuesta posible. Con esto, se tendría una salida al dilema reflexionando sobre



Con respecto al formalismo jurídico colombiano ya existe abundante literatura que muestra cómo no sólo no ha cumplido tal función, sino que además se ha convertido en una fuente de violencia al imponer a los administrados criterios netamente formalistas y procedimentalistas, que minan la misma sociabilidad.

el prevaricato (tan fuerte en la ideología judicial latinoamericana, siendo un gran obstáculo en el afianzamiento del discurso principialístico y de la jurisprudencia de valores), y sobre las anomalías, antinomias y lagunas (punto de quiebre del formalismo jurídico por el conflicto que su aceptación implica).

3. EL PREVARICATO, LAS LAGUNAS Y LAS ANOMIAS-ANTINOMIAS

Para mayor claridad, se dividirá este capítulo en cuatro partes: la primera analizará la relación existente entre el prevaricato y la lucha por un

mejor derecho; la segunda reflexionará sobre las lagunas, las anomalías y las antinomias, indicando cómo un estudio de éstas permite comprender la necesidad de saltar del formalismo a un positivismo medido; y, la tercera señalará las dificultades de la inconmensurabilidad de los paradigmas en disputa, siguiendo la terminología de T. Kuhn.

3.1. El prevaricato y el mejor derecho posible

No se trata en este acápite de hacer un estudio dogmático penal sobre el prevaricato sino de indagar acerca de su interacción funcional

dentro del sistema jurídico tradicional. Éste ha sido pues un mecanismo institucional e institucionalizado de control a la discrecionalidad judicial. El prevaricato toma ribetes trascendentes cuando emerge la postura ideológica de la magistratura como un órgano mecánico de aplicación de la ley, sin razonamiento alguno.

En consecuencia, la existencia misma del prevaricato es un mecanismo idóneo de prueba de la existencia de la discrecionalidad judicial, no sólo como posibilidad sino como realidad, puesto que, como alegó un abogado antioqueño en 1864, "la ley no ha fijado ideológicamente la rigurosa significación de las palabras"¹¹. El temor a que se hiciese derecho por medio de una sentencia que introdujese al aparatoso mundo jurídico una decisión que no habría sido deseada como tal por el legislador, impuso como necesaria la instauración discursiva, con fuerza sorprendente en la ideología judicial, del temor a la prevaricación.

Pero el prevaricato no es una institución que haya subsistido a los tiempos, por lo que no debe perderse de perspectiva la función que desempeña en un contexto determinado: la racionalidad moderna. En el antiguo régimen no es fácil hablar de abuso, corrupción, prevaricación, pues de hacerlo se corre el riesgo de aplicar a un tipo político 'tradicional', tal como diría Weber, el rigor burocrático-legal de la cultura política actual. El principio de tener que administrar la equidad y las retribuciones y gajes a cargo de los justiciables no tiene por qué ser interpretado como desviación corrupta (con

todo lo que ello significa hoy día) en el antiguo régimen¹², a pesar de que haya nominaciones directas al prevaricato o a la corrupción en diferentes textos de aquella época¹³.

En el caso de la cultura moderna, la mezcla entre intereses públicos y negocios privados sí puede aceptarse como algo enteramente desviado, por lo que el prevaricato desempeña en ella un rol del control impensable en tiempos anteriores (aunque bien podría hacerse una analogía entre el prevaricato en la modernidad y ciertas instituciones jurídicas del antiguo régimen –como los juicios de residencia, los juicios de cuentas, etc.–, pero no más que ello).

El prevaricato entonces, es un importante mecanismo institucional de garantía de subordinación, por lo menos discursivo, frente al derecho estatal, pero que no deja de presentar, al igual que el *ius puniendi*, esa facilidad de pasar al despotismo.

Lo grave de esta situación se presentó cuando emergió el formalismo jurídico colombiano que "se ha ido construyendo lentamente a lo largo de los siglos XIX y XX. Hoy el formalismo local está formado, en una mezcla compleja y quizá inestable, por la recepción de tres transplantes iusteóricos distinguibles: primero, la recepción en Colombia del *Code Napoléon* y una tecnología formalista de lectura del mismo predominante en el siglo XIX francés...(;); segundo, el impacto que tuvo el trasplante de los métodos de los romanistas y privatistas alemanes del XIX...(;); y tercero,... la teoría pura del Derecho"¹⁴. Dicho

formalismo convino en que el prevaricato actuaría como discurso hetero y autolimitativo del juez, permitiendo de esa manera la aplicación de un derecho formalista que, con el paso del tiempo, terminó desencantándose a sí mismo por su alto grado de eficacia simbólica – instrumental, por su síndrome normativo, por su lenguaje sobreespecializado, por la congestión y demás problemas de la rama judicial, etc.¹⁵.

Obviamente que este derecho formalista, respaldado discursivamente por la existencia del prevaricato como límite de acción judicial (junto al discurso de negación de las lagunas y de las antinomias), no sólo se circunscribe a la protección del resultado normativo del parlamento sino que se extiende gradualmente a otros espacios de creación normativa que no por ello han dejado de expresarse con un formalismo agudo (como la sobreproducción normativa emanada del poder ejecutivo). De esta manera, el concepto de prevaricato ya no sólo implica la violación manifiesta de la ley (en sentido estricto) sino que implica actos jurídicos de mayores dimensiones, como es ya consenso en la doctrina penal: "Nuestro sistema jurídico de interpretación está presidido por principios, valores y derechos constitucionales. La ley es sólo un instrumento para obtener la justicia y el Derecho, pues nótese cómo, si bien el primer término es utilizado por la Carta Política en su artículo 230, no es menos cierto que el 4º ibídem señala que la Constitución es "norma de normas", esto es, fuente del Derecho de aplicación inmediata, con lo que en nuestro sistema

jurídico se ha adoptado un principio cardinal de las constituciones de posguerra: la separación clara entre los conceptos de ley, por un lado, y justicia y Derecho, por otro"¹⁶. En conclusión, el prevaricato ya no es la consecuencia de la violación manifiesta de la ley en sentido estricto sino que se ha venido ampliando el tipo penal, de manera tal que ya cobija incluso todo acto de producción normativa, lo que para muchos llega hasta los mismos principios jurídicos.

Con el prevaricato, al juez se le convence de que no tiene capacidad creativa, a pesar de las constantes pruebas en contra, utilizando el miedo a "cometer delito" como el mejor argumento para justificar su actuar formalista, es decir, es su excusa de acción. En este modelo formalista, que no es menester explicar en estas páginas, los principios no tienen operatividad propia, siendo entendidos dentro de la ideología judicial formalista como aforismos derivados del derecho romano o axiomas políticos de origen liberal-ilustrado, pero que terminaron sustentando una sociedad conservadurista, paradoja que no deja de preocupar a la Escuela de Frankfurt¹⁷.

Pues bien, el prevaricato toma relevancia en el estudio iusfilosófico propuesto en la medida que se respondan o diluyan las siguientes preguntas y dilemas, siendo uno de los más importantes la obligatoriedad o no de los principios y valores no positivizados. Resulta que la redacción común del delito de prevaricato es la contradicción dolosa de una norma jurídica,

no circunscrita necesariamente a la ley de los parlamentos, como se vio con anterioridad. Entonces, si un principio y/o un valor (según la teoría de la que se hable) están consagrados explícitamente en un ordenamiento, ya sea con cláusulas abiertas o de remisión (como cuando se delega en un órgano la fijación de su contenido), de broche de cierre (como medida para garantizar la tan anhelada plenitud hermética del derecho) o cerradas (donde la misma norma fija qué debe entenderse por tal principio o valor), allí los defensores del nuevo paradigma (como el principialismo) no encontrarán la prueba deseada de su teoría, puesto que cualquier positivista podría reclamar que la contradicción por parte de un funcionario estatal (en este caso un juez) de dicho principio explícito es prevaricato, no por la fuerza del principio sino por la majestad del ordenamiento jurídico positivo que lo ha consagrado.

Por esta vía, los defensores de la jurisprudencia de valores y del discurso principialístico deben patrocinar dos cosas: primera que no es prevaricato ignorar el derecho positivo cuando se acude a principios y/o valores (explícitos o implícitos) todo lo cual remite a las antinomias (que terminarán siendo negadas al igual que las lagunas, al señalar que hay primacía de los valores y/o los principios en uno y en otro caso¹⁸), y segunda que es prevaricato cuando el juez falla aplicando reglas estatales que menoscaban principios y/o valores. Obviamente, la primera de estas posturas es menos radical que la segunda, pero aceptar la primera supone

un paso a favor de la aceptación de la segunda, pues ¿cómo conceder supremacía vinculante superior a valores y/o principios para inaplicar reglas y cómo en la misma lógica no darla en el segundo evento de los señalados anteriormente?

Pero resulta que el derecho penal democrático, por lo menos en su construcción teórica aunque no siempre en su práctica cotidiana, ha sido un baluarte del ciudadano para defenderse del *ius puniendi* estatal. Es más, un logro de la exégesis y del Estado democrático liberal, del cual aún se beneficia la sociedad contemporánea, no es otro que considerar el derecho penal como una expresión máxima de lo formal, pues en ese caso la forma protege la libertad de los individuos. ¿Acaso no es un logro democrático la consagración del principio de legalidad y taxatividad en materia penal que amarran el *ius puniendi* al tenor literal de la norma? ¿No es provechoso el formalismo exigido en materias como la prevención de la libertad a un punto tal que se tutela al individuo en caso de violentarse tales solemnidades? En materia penal específicamente, a diferencia de otras áreas del derecho, el estricto apego a la letra del tipo penal es una garantía para el individuo que se enfrenta al Estado (taxatividad del tipo penal, por ejemplo), por lo que sería un profundo riesgo la ampliación de la normativa que implica la jurisprudencia de valores o el discurso principialístico.

Al respecto, cabe citar a Orozco y Gómez: "En efecto, el escollo posiblemente más difícil del

Constitucionalismo moderno, en general, está representado por el hecho de que en tanto el Liberalismo Clásico y la idea de los Derechos-Libertades son conservadores en lo social y, simultáneamente, progresistas en lo penal; el Intervencionismo Social de Bienestar, con sus Derechos-Prestaciones, en cambio, se presenta como de avanzada en lo social, pero deriva fácilmente hacia el autoritarismo y la represión en materia penal¹⁹. Y más adelante escriben: "En el horizonte de la Guerra y de la Violencia que nos aquejan, se quiere, con otras palabras, develar, a manera de grito de "alerta" —que no necesariamente de premonición— los peligros de la funcionalización de dos de las grandes esperanzas del nuevo Constitucionalismo colombiano, como son el Estado Social de Derecho y la Jurisprudencia de Principios, mediante el expediente de desentrañar su potencial anti-liberal y de plasmarlo en una suerte de Utopía negativa —y catastrófica— bajo la forma de Eficientismo social-autoritario y de la Tiranía de los Valores, de manera que podamos evitar, mediante una adecuada ponderación valorativa, hundirnos en la violencia de los extremos"²⁰.

Frente a los peligros de la aplicación del principialismo en el derecho penal (que generaría, como el caso del prevaricato —que al ser incluidos valores y/o principios difíciles de determinar—, tipos penales abiertos) algunos defensores de dicho paradigma señalarían que no habría tales, puesto que la interpretación de los principios sería siempre a favor del reo²¹, exponiéndose como típico ejemplo el

siguiente: en 1994, un juez colombiano condenó a dos hombres a penas muy inferiores a las establecidas en la ley para el delito cometido. Ellos apelaron la decisión y el juez de segunda instancia revocó (en contra de los apelantes) la decisión de primera instancia, por violación al principio de legalidad de la pena transgrediendo el principio de no *reformatio in pejus*. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (por ejemplo: sentencia del 6 de octubre de 1994, Sala Penal) consideraría válida la decisión del juez de segunda instancia, pero la Corte Constitucional²² falló que los errores del juez no pueden ser cargados sobre los individuos juzgados, así como la primacía del principio de la prohibición de la *reformatio in pejus* sobre el de legalidad de la pena, por lo que dejó en firme la sentencia de primera instancia.

No obstante, afirmar que principios y/o valores deben ser aplicados en materia penal por encima del principio de legalidad (del tipo y de la pena), si favorecen al reo, en verdad es menos peligroso que defender su aplicación en contra del acusado o condenado según el caso, pero no deja de ser arriesgado en uno u otro caso si su práctica se generaliza. Para ello debe analizarse el ejemplo del párrafo anterior: allí se tiene que no se trató de un juez que aplicando principios o valores decidió imponer una pena menor a la establecida por la norma sino que se trató de un error judicial, y en esta antinomia no puede adjudicarse al reo la culpa del juez (lo que es un acierto en la argumentación de la Corte Constitucional). Suponiendo, a pesar de

No obstante, afirmar que principios y/o valores deben ser aplicados en materia penal por encima del principio de legalidad (del tipo y de la pena), si favorecen al reo, en verdad es menos peligroso que defender su aplicación en contra del acusado o condenado según el caso, pero no deja de ser arriesgado en uno u otro caso si su práctica se generaliza.

todo, que el juez de primera instancia decidió poner una pena inferior por una aplicación de principios y/o valores, ¿no podría con esa misma argumentación –prevalencia de los mismos sobre la regla– otro juez aplicar una pena mayor a la autorizada? ¿Esto no generaría un atentado extremo a la igualdad (en este caso material), como a otros logros políticos conseguidos a costa de luchas humanas y derramamientos de sangre, en tanto un juez aplicaría una pena mayor y otra menor a la misma acción típica, antijurídica y culpable? El principialístico dirá que esto no sucedería pues los principios y/o los valores son entidades objetivas, por fuera de la subjetividad del juez, y que por medio de la argumentación y la línea jurisprudencial se

podrá conseguir la aplicación de la igualdad, pero ¿se podrá conseguir una concepción común de los principios y los valores a partir de la argumentación y la línea jurisprudencial? Ya había criticado antes la concepción que cree que principios y valores son entidades objetivas por fuera del sujeto, pero sí podría conseguirse, por uso de la argumentación y de la imposición jurisprudencial (que no es lo mismo que la aplicación principal) una respuesta más o menos igualitaria siempre y cuando dicha imposición sea vinculante, lo que nos remite a otra inquietud: ¿acaso las decisiones impuestas por la jurisprudencia son concreción correcta de los principios? Si es así, la línea jurisprudencial de los países latinoamericanos, en general, sería concreción principialística, pero en verdad no es más que la expresión del formalismo en la mayoría de los casos. No, la línea jurisprudencial, dirán los principialistas y axiologistas, no se identifica con los principios y valores, pero ésta canalizará las posibles respuestas judiciales si y sólo si obedecen a estos, y en caso contrario tendrían que ser desechadas, lo que nos pone en el mismo dilema ya visto de la norma escrita (la norma rige y debe ser aplicada, siempre y cuando obedezca a los principios y/o valores)²³.

Todo esto, lo único que pone en el fondo es que la legalidad de la pena queda pues al arbitrio del juez, a sus ideologías, en las cuales el académico principialístico, ante este gran riesgo, desea intervenir imponiendo en su ideología unos contenidos de lo que a él le parece que

debe ser el derecho para que el juez los reproduzca, y en caso de que no lo haga acusarlo de fallar por fuera de los fundamentos mismos del sistema jurídico.

Claro está que esta labor del académico no es criticable por sí, antes bien, es una labor fundamental del intelectual siempre ser propositivo esperando influir de alguna manera en el sistema social²⁴, pero una cosa es esto y otra muy distinta el paternalismo (gran peligro del intelectual comprometido) y considerar que su deseo de lo que es derecho es el mandato de unos principios y/o valores a los que él cree tener acceso, estando así mucho más cerca del concepto de rey-sabio de Platón que cualquier otra cosa.

De esta forma, la ampliación de los criterios de interpretación en materia penal, incluso con la prohibición de interpretar en contra del reo en caso de duda, ¿no es ya un riesgo muy elevado, siendo preferible el tipo penal cerrado y concreto? El tipo penal, por ejemplo, como regla estatal, debe estar por encima de las interpretaciones axiológicas y/o principialísticas que podrían ampliarlo en vez de restringirlo aún más, pues si se acepta esta última posibilidad, el tipo penal vendrá siendo como la plastilina en manos de los niños.

También alguien podría decir que la rigidez del tipo penal es, en virtud de un principio, lo que apoyaría el discurso principialístico. Pero aceptando como verdadera esta objeción, bien podría señalarse que dicho principio (taxatividad del tipo, derivado del principio de

legalidad) fue concebido y defendido justo por quienes ahora son el paradigma en disputa con el principialismo y el axiologismo: la exégesis. Así las cosas, debe preferirse señalar que la taxatividad del tipo fue una conquista histórica, lo que exige aún más esfuerzo por parte de los ciudadanos contemporáneos para que no nos sea arrebatada.

Entonces, bien vale afirmar que las consecuencias de la jurisprudencia de valores y del discurso principialístico serían desiguales dependiendo del área del derecho a la que se apliquen. En materia penal, por ejemplo, sería mucho más complejo (e incluso peligroso) de lo que podría ser en temas como el derecho de bienes, pues en el caso penal la ponderación de principios sería puesta en un segundo plano frente a otras estrategias interpretativas, con lo que las tácticas de aplicación de principios y/o valores serían diferentes a las propuestas por el neoconstitucionalismo, pues de lo contrario se tendría el siguiente evento *ad absurdum*: supóngase que en un país el aborto es descriminalizado, con lo que bien podría pensar un juez que esta acción legislativa va en contra del principio a la vida, y si los principios son superiores a la regla (en este caso la que descriminaliza) entonces debería aplicar el principio que ponderaría con el de legalidad de la pena (que es más de corte exegetico), pudiendo concluir argumentativamente que, según su entender, la vida prima, estipulando él como delito un aborto a pesar de no existir ya ley en tal sentido²⁵.

Ante tal cosa, y entendiendo el poder simbólico del prevaricato dentro de la ideología judicial, no podría menos que predicarse, en respeto de los principios políticos conquistados en materia penal, que la conducta prevaricadora debe ser lo más explícita y taxativa posible: con lo cual el derecho escrito construido, exigido, luchado, es la mejor alternativa posible pues de un lado el juez tendrá una guía de conducta mucho más accesible que los ideales de comportamiento de ciertos académicos que hacen de los principios y/o los valores descripciones de lo que creen es correcto, o de ciertos tribunales que suman a su interpretación creativa (camuflada en principios y/o valores) el carácter de visión definitiva del derecho.

Para concluir este acápite debe hacerse la siguiente reflexión: el prevaricato varía, además de los factores vistos con anterioridad, si se acepta o no la existencia de una antinomia en el caso objeto de prevaricación. Si se niega la existencia de antinomias, creyendo que el derecho es un sistema cerrado jerárquico y, por ende, fundado en la incompatibilidad entre normas, prevaricar es atentar dolosamente contra la norma (pues no habría otra aplicable al caso al que pudo acudir el juez, ya que, de haberla, dicha contradicción sería meramente aparente o a lo sumo ideológica), lo que supondría que si se predica que el principio o el valor (según la escuela principalística o axiológica de que se hable) es una norma (independientemente de un contenido incierto), prevaricaría el juez que dolosamente atente contra ellos (lo que

abriría el tipo penal de manera escandalosa). Sin embargo, si se acepta la existencia de contradicciones en el sistema, se tendrían diversas opciones para el juez, ya no sólo por la vaguedad del lenguaje mismo (todo lenguaje es vago, incluso la norma escrita, pero hay también "zonas duras" de significación que son mucho menores tratándose de principios y/o valores) sino por la coexistencia de múltiples respuestas válidas normativamente, lo que exigiría una puesta en acción urgente de un derecho escrito que resuelva tal conflicto particular, que no es más que la lucha por el derecho, asunto al que se aludirá posteriormente.

3.2. Las lagunas, las anomias y las antinomias: salida para el positivismo medurado

Cuando emergió el discurso formalista, éste predicó que el derecho era un sistema cerrado, revestido de plenitud hermética. Según este modelo, con claros fines políticos, si el soberano es el legislador, en tanto es elegido democráticamente, las demás ramas del poder público deberán estar sometidas a él, y para ello qué mejor manera que cerrar toda posibilidad creativa, no sólo en el caso de la misma interpretación, sino incluso evitando que, bajo el pretexto de lagunas, anomias y antinomias, las otras ramas del poder, que no tienen el ribete democrático según el liberalismo clásico, terminen haciendo derecho.

En consecuencia, las antinomias, la discrecionalidad judicial y las lagunas, más por motivos

políticos que estrictamente jurídicos, son negadas con tal intensidad que, una vez demostrada su existencia, el aparatoso edificio teórico construido con tal fin empieza a desmoronarse. Pero valga recordar que los principales artífices de la comprobación de las antinomias y de las lagunas fueron iuspositivistas. Al respecto llama la atención el siguiente texto:

Esto adquiere notable trascendencia y se hace notar especialmente en los supuestos de ausencia de normatividad concreta, caso de las llamadas lagunas del Derecho. Para estos casos, la jurisprudencia de conceptos negó la posibilidad de lagunas en el ordenamiento positivo, ya que la lógica deductiva permitía subsumir, en otra normativa existente, la solución jurídica ausente. Es decir, la razón especulativa siempre encuentra normativa aplicable por un proceso deductivo. Heck, en cambio, argumenta ser más realista la búsqueda e identificación de los valores que inspiran al legislador, definir las circunstancias sociológicas e históricas en que se gestó la Ley para, con todos estos elementos de juicio, realizar una decisión judicial autónoma según los mismos criterios axiológicos utilizados por el autor de la ley. Doctrina que se conoce por la búsqueda y aplicación del espíritu de la ley... (metáfora, por demás, muy utilizada por el positivismo decimonónico)²⁶.

Resulta que la defensa de la inexistencia de lagunas y antinomias, creyendo que sólo existen las ideológicas (es decir, las diferencias entre el derecho existente con lo que el operador jurídico cree que debió ser el derecho)²⁷, es algo ya insostenible, bastando citar dos casos entre los muchos posibles:

1. ¿Qué sucedería si una norma de inferior categoría transgrede una norma superior y

el órgano encargado de velar por la armonía material del sistema normativo sentencia que no hay tal violación? (sería el caso, por ejemplo en que una ley ordena una sanción determinada y el juez que aplica dicha norma establece una sanción diferente y la sentencia es ratificada por las instancias respectivas haciendo tránsito a cosa juzgada; o cuando una ley viola un mandato constitucional pero el tribunal constitucional, por el motivo que fuere, sentencia que no hay tal violación dejando en firme la norma). En este evento subsistirán dos normas contradictorias (la sentencia y la norma, la ley y la constitución, en los ejemplos antes dados), sin que pueda decirse que una dejó de ser jurídica²⁸.

2. ¿En un sistema es posible encontrar elementos armónicos entre sí? No existe sistema sin posibilidad de movimiento, lo que, a su vez, supone contradicción y conflicto como motor de supervivencia, cosa que no sólo ha detectado Luhmann²⁹ sino más recientemente los sistemistas jurídicos Nikolaos Intzessiloglou³⁰ y Ernesto Grün³¹, entre otros. Incluso el reconocimiento de un sistema con estas características y no el pretendido por Kelsen³² y Bobbio³³ es el que permitiría dar soluciones acertadas a casos difíciles sin necesidad de referirnos a la supremacía de principios o de valores, que no serían más que descripciones de hecho de un grupo de académicos acerca de lo que ellos prefieren que rijan (asunto que se agudiza con el neoconstitucionalismo donde

se abre una puerta que en caso de no ser vigilada celosamente permitiría que un grupo de individuos y magistrados se adueñe de todo el derecho, con pretexto constitucional, imponiendo su visión de lo deseable jurídicamente, impidiendo expresiones de democracia participativa)³⁴.

Véase un ejemplo: en Colombia el *habeas corpus* (de raigambre constitucional) fue reglamentado por la Ley 600 de 2000 (artículos 382 a 389). Tales artículos regulaban de manera insuficiente las circunstancias de privación de la libertad en las que cabía el recurso de *habeas corpus* por ocuparse exclusivamente de la privación de la libertad por captura³⁵. Entonces, bajo la vigencia de dicha ley y a partir de una interpretación exegética, sólo se podía interponer esta acción a favor de quien tuviera orden legal de aprehensión, con lo cual un reo condenado que al cumplir su pena de privación de la libertad no fuera liberado inmediatamente, no hubiera podido impetrar dicha acción, debiendo esperar a que un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad resuelva, al cabo de un tiempo, su petición³⁶.

Para analizar este ejemplo es necesario recordar la diferencia entre la aprehensión (que es un hecho físico), la captura (que inicia con la aprehensión y se extiende en un período de tiempo) y la detención (que es una resolución de situación jurídica que no implica necesariamente pérdida de la libertad, como por ejemplo en la detención con libertad provisional). ¿Podría el condenado que cumplió su pena

interponer un *habeas corpus* para pedir que sea decretada su libertad teniendo presente que es un procedimiento sumario? El formalismo (bajo la vigencia de aquella norma) llegaría a la conclusión de que no podría (negando la existencia de una antinomia y una laguna en el caso concreto) y el principialismo señalaría que esto sí sería posible (pero rechazando una antinomia real en este evento puesto que el principio prevalece sobre la regla, en la medida que concibe el derecho como un sistema jerárquico donde las lagunas y las antinomias serían sólo aparentes o ideológicas) con lo que la norma inferior (en este caso la reglamentación legal de la aplicabilidad del *habeas corpus*), viene a ser “complementada” por el principio o valor de raigambre constitucional imponiendo así el juez constitucional el contenido a la estructura formal vacía, llamando a este proceso “aplicación de un principio” en vez de reconocer que se trató del mismo proceso creativo judicial al que tanto miedo tenía el formalismo y al que tantas veces aluden Kelsen, Bobbio y Hart —obsérvese cómo la discrecionalidad judicial ha sido prédica del iuspositivismo renovado del XX—).

Pero en este mismo caso, supóngase que el tribunal constitucional, en su visión de los principios y/o los valores, indica con fallo que hace tránsito a cosa juzgada constitucional que no habría lugar al *habeas corpus* en el caso del condenado: ¿se estaría así enfrente de una antinomia o una laguna, según la perspectiva? ¿Qué se afirmaría desde el principialismo?

Así las cosas, viendo que la potestad del juez no puede seguir siendo camuflada, lo mejor sería encauzarlo por medio de un derecho cognoscible por el administrado a la par que del juez, aspecto que será retomado en otro artículo posterior que dé cuenta de qué tipo de derecho cognoscible pero no formalista se está hablando.

La presencia de contradicciones e inestabilidades en el sistema jurídico, a partir de una visión sistémico-compleja del propio derecho, traería como consecuencia la concepción del desorden ordenado, de una entropía³⁷. En este escenario, el juez toma un ribete de creatividad insospechado e innegable (lo que pone en duda las tesis del *"right answer"*) que obliga a la reflexión, y he aquí lo importante del planteamiento: la reconducción del juez pero de manera diversa a como lo fue en su momento la exégesis y a como lo propone ahora el discurso de los principios y/o de los valores. La supuesta liberalización del juez por parte del iusnaturalismo axiológico y principialístico tiene de fondo una tiranía del mismo tenor del formalismo decimonónico. La diferencia radica en que en el formalismo se busca hacerle creer al juez que no tiene libertad, por lo que debe aplicar mecánicamente la ley; y en el iusnaturalismo al que me refiero se indica lo mismo pero con los principios y/o valores, señalando que toda apreciación que el juez haga, si no está acorde con ciertos mandatos y formas de argumentar de tribunales elogiados o de los académicos, es vacía, con lo que la laguna o la antinomia que

se vislumbrarían (tanto en un modelo como en otro) serían sólo ideológicas pero no reales. Los principios y valores se nos están vendiendo de manera muy similar a como fue la ley en lo que toca con las lagunas.

Otra forma de llenar lagunas es apelando a los principios generales del derecho. Los principios generales no son sino normas fundamentales, o generalísimas del sistema, las normas más generales (...) Que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo, sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: por que habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta³⁸.

Esto debe explicarse mejor. Decía Kelsen que el discurso de la existencia de las lagunas camuflaba la capacidad creativa de los jueces haciéndola aparecer como un mero acto de interpretación: "Así, pues, la laguna no es más que la diferencia entre el derecho positivo y un orden tenido por mejor y más justo. Sólo puede afirmarse una laguna cuando se compara el derecho existente con el que, en opinión del sujeto, "debía ser". Pero una vez conocida la naturaleza de estas lagunas, compréndese que no puede pensarse en llenarlas por medio de la interpretación. La interpretación no tiene aquí la función de aplicar la norma sino, al contrario, la de eliminarla, para poner en su lugar la norma mejor y más justa, es decir, la norma deseada por el encargado de su aplicación. Bajo las apariencias de "complementar" el orden jurídico, se suprime la norma primitiva y se la sustituye por una norma nueva"³⁹. Según el autor austríaco,

las lagunas no existen; lo que en verdad se observa son juegos propios del sistema dinámico, garantizando su existencia porque se mueve, pero, para no aparecer como tal, el discurso jurídico habla de "interpretación" de la ley.

A pesar de aceptar la existencia de lagunas (pues no considero correcta una postura que crea en un sistema jurídico ordenado, armónico y cerrado), estoy de acuerdo en que el juez es uno de los principales, por no decir que el primordial, motor de movilidad del derecho estatal contemporáneo. Pero el principialismo y el axiologismo intentan tomar el mismo rumbo del formalismo tan criticado por Kelsen: la "interpretación" de los valores y/o de los principios haría que las lagunas no fueran reales sino meramente ideológicas, con lo que no extraña cómo muchos de estos autores hablan de una "respuesta correcta" a los casos difíciles, y la rigidez de la cosa juzgada de los tribunales constitucionales, por lo que la pretendida antinomia (una norma legal que se enfrenta a un principio o valor) es resuelta con la aplicación de un principio y/o un valor, concluyendo que la antinomia era aparente y por tanto convencidos de la posibilidad de construir un edificio jurídico armónico y, por ende, cerrado, como lo creían los formalistas.

Esto recuerda lo dicho por Geertz, en el sentido que la realidad apreciada (en este caso la discrecionalidad y la necesidad de un sistema jurídico conocido para que opere como encauzador en una sociedad moderna), al ser temida por sus posibilidades reales de cambio, deba

ser esterilizada por medio de expectativas normativizadoras de la doctrina que inicialmente pregonaba el apego indiscriminado a la forma y ahora a los valores y los principios. Clifford Geertz explica y cuestiona dicho proceso de normativización al explicarlo como producto de un "temor a la explosión de los hechos, como una necesidad moderna de la política del poder en el ámbito jurídico de responder a ese temor con la esterilización" de los mismos. Ese temor a los hechos que obliga a su esterilización "no es más que una negación de los hechos, una forma de mantener los hechos a raya en los procedimientos legales, es el proceder universal de lo hegemónico". Proceder-poder, al que hay que agregar, que se difunde, extiende y acrecienta con la escritura; lo que no es posible mediante la memoria y la tradición oral que normalmente (es decir, en ausencia de escritura) limita su campo de acción y significación a lo local, a lo particular y no a lo universal. La cuestiona, por cuanto "el mundo de los acontecimientos y de las circunstancias" escapa al ámbito jurídico, pues "diga lo que diga el derecho, éste nunca contempla toda la trama". Quizás los hechos sometidos a la tradición oral tampoco contemplan toda la trama, y proceda con el mismo temor a los hechos, pero lo que se observa es que poco se desplazan de su propio campo de enunciación, es decir, del mismo lugar que Geertz llama el "mundo en que se realizan las promesas, se sufren las injurias o se cometen las vilezas, para así apelar a los tribunales". Geertz reconoce como "inevitable y necesario" la "esquemmatización de los hechos, la reducción

de estos a sus cualidades genéricas judiciales” pero llama la atención sobre la constatación de que “los hechos legales se hacen y no nacen, son contruidos socialmente a partir de cualquier cosa, desde los principios de la pruebas, la etiqueta de las salas de justicia... las técnicas... la retórica... (con los que se busca) una serie de equivalencias entre configuración⁴⁰ de los hechos y normas... (escritas)”⁴¹.

En conclusión, ante la existencia de facto de la discrecionalidad (al reconocerse la existencia de lagunas y antinomias reales) y la presencia de discursos que pretenden camuflarla—normativizarla (ya desde la forma, ya desde lo deseado por ciertas escuelas), se hace necesario proponer medios legítimos de encauzamiento de los conflictos particulares que no camuflen ese poder real judicial, pero que tampoco impliquen una dictadura de la forma o de los valores y los principios, los cuales constituirían un mejor derecho escrito no legalista, lo cual ha sido objeto de varias reflexiones⁴².

3.3. La inconmensurabilidad de los paradigmas en disputa

En el modelo formalista, el derecho es un entramado que se agota en la reflexión sobre la validez formal y, en menor medida, en la material; ello permitió alejar de las facultades de derecho reflexiones críticas frente a una realidad social⁴³, e ignorar durante décadas problemas relativos a la eficacia. Estos estudios, que hasta hace poco no fueron considerados jurídicos,

pusieron en evidencia aquello a que el derecho siempre quiso dar la espalda: la emergencia de otras respuestas sociales (muchas de ellas no sólo ilegales sino incluso contra estatales) que daban una respuesta a la petición de canalización del conflicto, demandada por el ciudadano común. Estas respuestas sociales son lo que se ha denominado en la literatura “sistemas jurídicos paraestatales y contraestatales”, que agudizan la crisis del derecho en Latinoamérica (la cual, obviamente, no es pareja, viéndose como en algunos países es más aguda que en otras) y dan pie a la entrada de soluciones académicas que en varias oportunidades rayan en la radicalización contraria a la tesis formalista, presentándose una vez más el cambio de extremo a extremo.

En consecuencia, las antinomias, la discrecionalidad judicial y las lagunas, más por motivos políticos que estrictamente jurídicos, son negadas con tal intensidad que, una vez demostrada su existencia, el aparatoso edificio teórico construido con tal fin empieza a desmoronarse.

Esta nueva respuesta académica se centra fundamentalmente en la existencia de unos valores y/o unos principios que deben iluminar y, por ende, subordinar, la regla escrita estatal. Dichos valores y/o principios están explícita o implícitamente consagrados en las constituciones democráticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y emergen como una reacción política fruto de la desconfianza generalizada al legislador y al ejecutivo⁴⁴. Sin embargo, dichos valores y principios no tienen contenidos explícitos, por lo que se convierten en mecanismos propicios para la liberalización del juez, quien tendrá que determinar en casos concretos con supuestas metodologías axiológicas el principio y el valor a aplicar. No obstante, en este escenario es donde aparecen las escuelas jurídicas contemporáneas (arraigadas en concepciones iusnaturalistas) que se disputan el privilegio de determinar qué son el principio y el valor fundados en sus prerrogativas de autoridad y reconocimiento internacional, y de influir en la determinación judicial, muy por fuera de las construcciones axiológicas contextuales (culturales e históricas).

En consecuencia, según este nuevo modelo, el prevaricato (que dentro del nuevo paradigma es tomado como un enemigo conceptual por su vinculación al positivismo exégeta) debe modificarse seriamente porque ya no podría seguir siendo un instrumento de legitimación del formalismo, sino que sería en este caso una puerta cerrada que debe abrirse a patadas, dejando sin efectos simbólicos (en alusión al concepto

de eficacia simbólica de Levi-Strauss) dicha figura jurídico-penal, legitimando ahora que el juez falle con base en valores y/o principios por fuera o incluso en contra del mandato escrito de origen estatal. Algo similar ocurre con el discurso de las anomías, antinomias y lagunas, pues éstas ya dejan de ser el punto débil del positivismo decimonónico para convertirse en el principal argumento de la necesidad de una jurisprudencia en valores y/o principios.

Se está entonces frente a una disputa de paradigmas decisionales, cosa que analiza muy bien en cuanto sus efectos y posibilidades Kuhn con su tesis de la incommensurabilidad de los paradigmas en competencia⁴⁵, pero las opciones que se han brindado, tristemente, median entre dos posturas irreconciliables por su polarización, pero similares ya que ambas corren peligros graves que no dejarán de ser un lastre para el derecho en pos de lograr ser un instrumento apto para la canalización de los conflictos en un sistema social complejo. Los peligros de la jurisprudencia de valores y del principialismo son, fundamentalmente, su indeterminación de contenidos (no necesariamente de su enunciación), la dificultad de aplicabilidad al caso concreto que genere cierta seguridad en el propio sistema con respecto a las líneas asumidas y, por último, las implicaciones políticas que generaría en un sociedad inestable el cambio tan radical y repentino de los polos de poder en y sobre el derecho colombiano (uno de estos peligros es descargar en el juez las principales responsabilidades de toda la

estructura política, lo cual llevaría a mediano plazo a un serio desencanto frente a la función judicial).

Así las cosas, aparece un nuevo interrogante: ¿será posible una solución, dentro de la inconmensurabilidad de los paradigmas en competencia, sin que sea necesario ese peligroso juego de péndulo (de un extremo al otro) y que pueda permitir al derecho colombiano (y, por qué no, al latinoamericano) enfrentarse a los retos que tiene frente a sí (eficacia simbólica, síndrome normativo, legalismo-ritualismo, sistemas jurídicos para y contra estatales, etc.)?⁴⁶ Creo que sí, un positivismo antiformalista, sin que renuncie por ello a las ventajas del derecho escrito, lo cual podrá reconducir de mejor manera la función judicial (de canalización de los conflictos particulares) sin llegar a negar su potestad creativa. Pero el desarrollo de esta propuesta se hará en un artículo posterior.

4. CONCLUSIÓN

La existencia de las lagunas, antinomias y anomalías no es, como algunos han querido ver, la crisis del positivismo como un todo, sino la de una de sus partes: el formalismo. Igualmente, la crisis de la razón práctica del formalismo latinoamericano no tiene por qué implicar de suyo la instauración del paradigma opuesto, pues considero que ni uno ni el otro permitirían afrontar de manera acertada los retos contextuales a los que se enfrenta el derecho contemporáneo en los países del hemisferio

sur. De esta manera, teniendo como ventajoso lo posible más que lo deseable, si esto último raya con lo utópico en el "mundo de la vida"⁴⁷, la mejor alternativa es, sin duda alguna, luchar por el derecho escrito (que inicie con la inclusión en términos posibles de declaraciones de derechos individuales y colectivos, que serían reclamados como normas escritas de contenido cierto), que paradójicamente no es una conquista netamente jurídica.

Resulta que la lucha por el derecho es fundamentalmente intrajurídica en el principialismo, pues de un lado pregona la superioridad de los principios a partir de una jerarquización propuesta entre las fuentes del derecho (lo que obliga a un replanteamiento del sistema de fuentes mismo⁴⁸), y desde el otro la Constitución misma es considerada como una nueva moral universal que ya no flota sobre el derecho sino que, como lo advierte Habermas⁴⁹, emigra al interior mismo del sistema jurídico. Muy por el contrario, si el derecho se reconoce como un subsistema complejo, en interacción con otros subsistemas sociales, tendrá que aminorar su tono autoritario y pedante para con estos y para consigo mismo, entendiendo con el ejemplo de vida del propio Kelsen, que la lucha por un mejor derecho escrito supone, entre otras cosas, un desafío político parejo o mayor al jurídico. De esta forma se propone para nuestros sistemas jurídicos inestables, una reformulación democrática participativa del derecho escrito (que supone la toma en serio de los imaginarios colectivos y de las representaciones sociales de

lo jurídico, que circulan alrededor de lo justo)⁵⁰ más que la implementación de tesis de autores fundamentalmente foráneos.

Una última aseveración: el presente artículo se centra, como lo ha notado el lector, en una crítica a los dos extremos que hoy se confrontan en el ámbito jurídico colombiano. El texto planteaba, además, una propuesta concreta de

concebir el derecho sin caer en dichos extremos, pero por problemas de espacio propios de cualquier revista científica, se dividió dicho texto, presentando en este momento las críticas al formalismo y a las teorías axiologistas y principialísticas, esperando en un futuro próximo dar a conocer la parte propositiva de mi investigación.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO GONZÁLEZ, Antonio. El positivismo jurídico. Las doctrinas antiformalistas. En: BLANCO GONZÁLEZ, Antonio *et. al.* Filosofía del Derecho. Las concepciones jurídicas a través de la historia. 2ª ed. Madrid: UNED, 1999.
- BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. 6ª ed. México: Fontamara, 1999.
- BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Trad. Eduardo Roza Acuña. Bogotá: Temis, 1987.
- BOTERO BERNAL, Andrés [en línea]. La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad del principio justicia. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho. No. 8 (2005); www.filosofiayderecho.com ISSN 1575-7382.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Aproximación al pensar filosófico de Habermas. En: Revista Holística Jurídica: Facultad de Derecho USB. No. 2 (2003); p. 7-36.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Diagnóstico de la eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos. Medellín: Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis, 2003.
- BOTERO BERNAL, Andrés. El papel del intelectual: pasado, presente y futuro. Medellín: Editorial USB, 2002. 220p.
- BOTERO BERNAL, Andrés. La resolución de conflictos en el ámbito de la criminología. En: Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União. Ano 1, No. 5 (out./dez. de 2002); p. 125-138.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Las condiciones de posibilidad de la ciencia jurídica en Antioquia. En: Academia, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Año 2 No. 4 (2004); p. 171-198.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Los retos del jurista internacionalista en la contemporaneidad. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, UNAM – México, Volumen IV, 2004.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: Diritto e questioni pubbliche. No. 4 (dicembre 2004). ISSN 1825-0173. En Línea: www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-4/studi.htm.
- CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El Derecho, la ley y el juez. Madrid: Civita, 1999.

- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A. (eds). Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes, 1993.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como instrumento de cambio social. En: Revista facultad de derecho y ciencias políticas: Universidad Pontificia Bolivariana. No. 86 (1989); p. 29-44.
- GEERTZ, Clifford [1983]. Conocimiento local. Trad. Alberto López Bargados. Barcelona: Paidós, 1994. [edición original: *Local knowledge. Further essays in interpretative anthropology*, Basic Books].
- GIRALDO CHAVARRIAGA, Jhon Alexander. La inconmensurable tesis de Thomas S. Kuhn. En: Revista Utopía, Universidad del Cauca, Popayán. No. 19 (abril de 2004); p. 23-29.
- GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- GRÜN, Ernesto. La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. En: BOTERO BERNAL, Andrés y ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván (compiladores). Temas de Filosofía del Derecho. Medellín: Señal editora y Universidad de Medellín, 2003.
- GUIBOURG, Ricardo. Derecho, sistema y realidad. Buenos Aires: Astrea, 1986.
- GUTIÉRREZ SANÍN, Francisco. Inequidad y violencia política: una precisión sobre las cuentas y los cuentos. En: Análisis Político. No. 43 (mayo - agosto de 2001); p. 55-75.
- HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho. Trad. Luis Legaz. 5ª ed. México: Colofón, 2002.
- KUHN, Thomas S. La estructura de las revoluciones científicas. Trad. Agustín Contin. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- LÓPEZ, Diego. Kelsen, Hart y Dworkin en Colombia: condiciones de posibilidad de una filosofía local del Derecho. En: GIL O., Numa Armando (comp.). Filosofía del derecho y filosofía social. Medellín: Señal Editora y Asofides, 2003.
- LÓPEZ, Diego. Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- LUHMANN, Niklas. Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- MONTENEGRO, Armando y POSADA, Carlos Esteban. La violencia en Colombia. Bogotá: Alfaomega, 2001.
- OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, IEPRI, 1997.
- PETIT, Carlos. Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el *Institut* de Lambert. En: BOTERO BERNAL, Andrés y ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván (compiladores). Temas de Filosofía del Derecho. Medellín: Señal Editora y Universidad de Medellín, 2003. Capítulo 8.
- PETIT, Carlos. Lambert en la tour Eiffel, o el derecho comparado de la *belle époque*. En: *La comparazione giuridica tra ottocento e novecento: incontro di studio*, No. 19. Milano: Istituto Lombardo di scienze e lettere, 2001.
- PICCOLI, Guido. El sistema del pájaro: Colombia, paramilitarismo y conflicto social. Bogotá: ILSA, 2005.

- RUBIO, Mauricio. Crimen e impunidad: precisiones sobre la violencia. Bogotá: Tercer Mundo – CEDE, 1999.
- SILVA GARCÍA, Germán. El mundo real de los abogados y de la justicia: Tomo I: La profesión jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCIA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las justicias en Colombia, tomo I y II. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.
- TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. Reglas y Principios en el razonamiento jurídico. Colombia: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2003.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. 3ª ed. Bogotá: Temis, 2005.

NOTAS

- 1 Muchos diferencian ambas escuelas jurídicas al distinguir valores y principios. Otros los igualan. No es interés de este artículo tomar partido en esta discusión pues distraería tanto al lector como al autor, de la verdadera intención del mismo; además, sea cual sea la postura que se asuma no afectará la conclusión del ensayo.
- 2 LUHMANN, Niklas. Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 332-336. BOTERO BERNAL, Andrés. La resolución de conflictos en el ámbito de la criminología. En: Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União. Ano 1, No. 5 (out./dez. de 2002); p. 125-138.
- 3 GUIBOURG, Ricardo A. Pensar en las normas. Buenos Aires: Eudeba, 1999. p. 70.
- 4 El formalismo jurídico ha sido definido como la pretensión francamente positivista de distinguir el derecho del no derecho sin hacer referencia al contenido de las reglas jurídicas (BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. 6ª ed. México: Fontamara, 1999. p. 84). No obstante, el formalismo jurídico colombiano si bien parte de esa definición, se caracteriza además por su apego a las fórmulas, la forma por la forma, el tecnicismo, la eficacia simbólica, etc. A lo largo del texto se darán otros elementos que permitirán clarificar este concepto.
- 5 En Colombia: SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las justicias en Colombia, tomo I y II. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001; SILVA GARCÍA, Germán. El mundo real de los abogados y de la justicia: Tomo I: la profesión jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001; LÓPEZ, Diego. Kelsen, Hart y Dworkin en Colombia: condiciones de posibilidad de una filosofía local del Derecho. En: GIL O., Numas Armando (comp.). Filosofía del derecho y filosofía social. Medellín: Señal Editora y Asofides, 2003; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A. (eds). Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes, 1993; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como instrumento de cambio social. En: Revista facultad de derecho y ciencias políticas: Universidad Pontificia Bolivariana. No. 86 (1989); p. 29-44; etc.
- 6 MONTENEGRO, Armando y POSADA, Carlos Esteban. La violencia en Colombia. Bogotá: Alfaomega, 2001. p. 14-18 y 28-34; RUBIO, Mauricio. Crimen e impunidad: precisiones sobre la violencia. Bogotá: Tercer Mundo – CEDE, 1999. p. 5 y 89; GUTIÉRREZ SANÍN, Francisco. Inequidad y violencia política: una precisión sobre las cuentas y los cuentos. En: Análisis Político. No. 43 (mayo - agosto de 2001); p. 55-75; PICCOLI, Guido. El sistema del pájaro: Colombia, paramilitarismo y conflicto social. Bogotá: ILSA, 2005. 240p.; etc.

- 7 Escribo “principios y/o valores” para aludir a tres posiciones: Una que dice que rigen con supremacía en el derecho tanto los principios como los valores; otra que sostiene que sólo los principios vinculan de esa manera, careciendo los valores de fuerza vinculante; y, por último, la que señala, a pesar de ser minoría a mi modo de ver, que sólo los valores rigen sobre todo el edificio jurídico (ya sea porque todo principio es un valor o porque los principios no tienen el rango superior de los valores).

- 8 Es interesante la siguiente paradoja: los defensores de tales teorías afirman tajantemente que el derecho positivo, esto es, el escrito conocible con la mera lectura, es parte integral de su proyecto teórico, y que por ende no está en segundo plano. Pero si hay disputa entre el derecho escrito con esos valores o principios, deberán primar los últimos, pues de lo contrario sería aceptar una antinomia que dificultaría aún más la ya complicada labor judicial. ¿Es posible afirmar que el derecho positivo no ha sido relegado a un segundo puesto cuando se afirman supremacías de principios y/o valores? No faltará quien diga que no hay tal, puesto que el derecho positivo debe estar ya acorde con los principios y/o valores, pero esto es una petición de principio: ¿si toda norma escrita ya es concreción de los principios y/o de los valores, para qué hablar de estos últimos (no se camuflaría así una nueva exégesis frente a la norma escrita, ahora respaldada por la autoridad axiológica)? Además, la experiencia constitucional ha demostrado la existencia de normas que se enfrentan a postulados superiores, por lo que todo principio y/o valor, al dotársele de algún contenido y al ser consideradas como obligatorias, tendrán como parte de su esencia la posibilidad de ser transgredidas o negadas por otro programa normativo, con lo cual no puede considerarse que la norma escrita por el mero hecho de ser tal ya es una concreción de principios y/o valores.

- 9 La disputa sobre si son o no sistemas jurídicos dichos conjuntos normativos para estatales, es de nunca acabar. No tomaré partido en dicho debate, puesto que la solución que se plantee en nada afectará el núcleo de argumentación de este ensayo. Sean o no jurídicos, esos sistemas están vivos, y se ofrecen como instrumentos de “resolución de conflictos” por fuera del sistema jurídico estatal o legal.

- 10 Véase: BOTERO BERNAL, Andrés [en línea]. La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad del principio justicia. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho. No. 8 (2005); www.filosofiyderecho.com En este artículo se propuso, por ejemplo, que era preferible rehacer el derecho rescatando esos imaginarios sociales y representaciones colectivas, como una salida al formalismo, asunto que en este trabajo pretendo articular con la propuesta de una norma escrita vinculada a la democracia participativa.

- 11 Archivo Histórico Judicial de Medellín, 1864, número de registro: 289, 4r. Valga afirmar que en el proyecto de investigación “La cultura jurídica en la Antioquia del siglo XIX”, dirigido por el autor del presente artículo, se transcribieron cerca de doscientos expedientes judiciales de la época. Varias de esas sentencias son claros ejemplos de discrecionalidad judicial, justo en momentos que emerge con fuerza el discurso formalista, asunto que se dejará para un escrito posterior.

- 12 Para la redacción de este párrafo fueron fundamentales las opiniones del prof. Carlos Petit (Universidad de Huelva), a quien agradezco por ello.

- 13 Un ejemplo es “Don Quijote de la Mancha”. En el capítulo XXII, de la primera parte, un galeote le dice a don Quijote: “Dígolo porque si a su tiempo tuviera yo esos veinte ducados que vuestra merced ahora me ofrece, hubiera untado con ellos la péndola del escribano y avivado el ingenio del procurador”. En el capítulo XXVIII de la segunda parte, Quijote acusa a Sancho de ser “prevaricador de las ordenanzas escuderiles de la andante caballería”. En el capítulo XXXII Quijote le dice a Sancho “Aconsejaríale yo que ni tome cohecho ni pierda derecho”. Y así, podrían mencionarse otros casos.

- 14 LÓPEZ, Diego. Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2004. p. 130. Llama la atención que López ignora en esta cita el componente heredado de la colonia y de la independencia en la configuración del formulismo local, puesto que el Código Civil entra a Colombia en la segunda mitad del XIX.

- 15 Conceptos analizados en: BOTERO BERNAL, Andrés. Diagnóstico de la eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos. Medellín: Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis, 2003. p. 13-107.
- 16 GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 435-436.
- 17 Especialmente HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. BOTERO BERNAL, Andrés. Aproximación al pensar filosófico de Habermas. En: Revista Holística Jurídica: Facultad de Derecho USB. No. 2 (2003); p. 7-36.
- 18 Cuando se afirma que los principios y/o valores priman sobre las reglas estatales en caso de contradicción, se está reconociendo de alguna manera una antinomia, pero ésta sería ficticia, puesto que se resuelve en el momento mismo en que se toma partido por unos u otras.
- 19 OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, IEPRI, 1997. p. 24.
- 20 *Ibíd*, p. 29.
- 21 No obstante quien piense así debe resolver una paradoja: la jurisprudencia de valores y de principios se enmarca en el Estado Social de Derecho, no tanto en el Liberal, y la concepción de que las pretensiones generales pueden ser frenadas por pretensiones individuales (como el principio de favorabilidad, la prohibición de interpretar en caso de duda en contra del reo, etc.) es más del Estado Liberal que del Estado Social de Derecho. Se está pues frente a la paradoja de que el Estado Liberal es más progresista en materia penal.
- 22 Sentencia SU 327/1995, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
- 23 Existe en este párrafo un problema de fondo, que por su extensión e implicaciones, requeriría otro artículo: ¿La argumentación, al momento de la aplicación, daría objetividad a los principios o a los valores (según la teoría de la que se parta)? De manera rápida podría decirse que una decisión judicial argumentada (si se le compara con otra que no lo esté) permite una mayor objetividad de los principios y los valores que la fundamenta; pero para lograr tal objetividad sería necesario que se estatuyera como paradigma en una comunidad jurídica concreta (como podrían ser los jueces de un distrito, o los académicos de un área, etc.) las reglas que validarán o darán pretensión de validez a los argumentos que sean utilizados. Pero en este caso, la “objetividad” lograda no es más que el producto del paradigma aceptado o imperante, y no una emanación directa del principio o del valor.
- 24 “Toda escuela y operador jurídico tienen el derecho/deber de ser propositivo y esta propuesta puede tener gran capacidad de influencia en el sistema (en tanto que la escuela y el operador hacen parte de lo social), como la tiene hoy día el iusnaturalismo principialístico, pero esto no debe preocupar, sino el que la propuesta sea construida sólo sobre la ideología del académico o del operador jurídico, lo cual generará un “desencanto” rápido del propio discurso principialístico” BOTERO, La jerarquía..., Op. Cit. Un análisis de la tendencia paternalista de los intelectuales, el peligro que de ello resulta, y la propuesta de un “intelectual responsable” no paternalista ni platónico, en: BOTERO BERNAL, Andrés. El papel del intelectual: pasado, presente y futuro. Medellín: Editorial USB, 2002. 220p.
- 25 Sobre los riesgos del neoconstitucionalismo aplicado en el ámbito penal, véase: OROZCO y GÓMEZ, Los peligros..., Op. Cit., 486p.
- 26 BLANCO GONZÁLEZ, Antonio. El positivismo jurídico. Las doctrinas antiformalistas. En: BLANCO GONZÁLEZ, Antonio *et. al.* Filosofía del Derecho. Las concepciones jurídicas a través de la historia. 2ª ed. Madrid: UNED, 1999. p. 202. El texto entre paréntesis es nuestro.
- 27 “Se hace creer al juez que no es libre más que en el momento en que actúa como legislador, pero que carece de libertad para elegir ese momento. Y para ocultarle que también entonces es libre, se recurre a la ficción de las lagunas. Y la falsedad, consciente o inconsciente, de esta fórmula tiene el efecto –querido por el

legislador- de que el juez no hace uso de la libertad que tiene de no aplicar la ley en un caso concreto, sino muy raramente, puesto que sólo en el caso de una divergencia extrema entre la ley y su propia conciencia jurídica le parecerá que existe una laguna auténtica, es decir, un caso que el legislador no quiso regular y que, por lo tanto, la ley no ha regulado, con lo cual resulta que le faltan las premisas lógicas para el silogismo que constituye la aplicación de toda ley. Las llamadas lagunas de las leyes son, pues, una fórmula típicamente ideológica” Kelsen, Hans. La teoría pura del derecho. Trad. Luis Legaz. 5ª ed. México: Colofón, 2002. p. 70. Es de señalar que la traducción de Legaz y Lacambra recibió, erróneamente, el nombre de “Teoría pura del derecho”, puesto que no está fundado en la *Reine Rechtslehre* sino en un artículo de 1933 donde Kelsen da una versión corta de sus principales tesis.

- 28 Kelsen señala, para evadir este dilema, que las normas superiores tienen un carácter de alternatividad (especialmente las constitucionales), con lo cual las disposiciones inferiores toman decisiones que nunca supondrán una contradicción dentro del sistema. Pero esta salida no es más que un llamado ingenuo, puesto que el propio Kelsen señala que el juez de última instancia tiene el poder de crear una norma individual con el contenido previsto en la norma superior preexistente o con otro contenido distinto por él mismo determinado. Las críticas a la teoría de la alternatividad en: GUIBOURG, Ricardo. Derecho, sistema y realidad. Buenos Aires: Astrea, 1986. p. 52-54.
- 29 Las contradicciones desestabilizan el sistema y hacen patente esta desestabilización de la inseguridad de la expectativa, pero dicha desestabilización es funcional. Los sistemas complejos necesitan de un grado bastante alto de inestabilidad para poder reaccionar frente a sí mismos y a su entorno, y tienen que reproducir continuamente estas inestabilidades, pues de lo contrario desaparecerían. LUHMANN, Sistemas sociales..., Op. Cit., p. 332.
- 30 Cabe resaltar de su obra los siguientes textos: *Essai d'identification de la totalité sociale du phénomène juridique en tant que système*. Berlín: Rechtsstheorie Beiheft 10, 1986. *Stability and change in law; the dynamic equilibrium between the system of law and its social environment*. En: 31 St Annual meeting of the international society for general systems research. Budapest: 1987. *L'approche systémique à Système ouvert comme stratégie d'Elaboration d'un projet d'Etude interdisciplinaire du phénomène juridique*. En: European Congress on System Science, Lausanne, 1989.
- 31 Grün hace una descripción de los trabajos académicos que intentan aplicar al mundo jurídico las elaboraciones sistémicas y cibernéticas. GRÜN, Ernesto. La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. En: BOTERO BERNAL, Andrés y ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván (compiladores). Temas de Filosofía del Derecho. Medellín: Señal Editora y Universidad de Medellín, 2003.
- 32 “El Derecho como orden... es un sistema de normas jurídicas... Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden si su validez puede ser referida a una norma única como fundamento último de esta validez” (KELSEN, La teoría..., Op. Cit., p. 47). Además, dirá Kelsen, el sistema jurídico para ser tal requiere de una estructura escalonada jerárquica (Ibíd, 56-57).
- 33 “El tercer significado de sistema jurídico es indudablemente el más interesante... Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí, sistema equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas” BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Trad. Eduardo Roza Acuña. Bogotá: Temis, 1987. p. 183.
- 34 La mejor prueba de ello es lo siguiente: el neoconstitucionalismo (fundamentalmente el ideológico) considera que lo que manda la constitución es correcto moralmente, pero si esto es así, las reformas constitucionales reaccionarias que ahora suceden en toda América Latina serían correctas (el mismo dilema, por cierto, del formalismo ético o positivismo ideológico), lo cual sería muy peligroso pues bastaría una norma constitucional que legalizara la discriminación, por dar un ejemplo, para que dicha disposición entre de lleno al mundo moral. Pero si el neoconstitucionalista afirma que dicha disposición constitucional discriminatoria, en caso de realizarse, no sería vinculante ni superior frente al resto del ordenamiento, entonces el criterio de superioridad no es la constitución misma sino otro criterio (lo que ya es una petición de principio en dicha teoría): ¿Cuál? ¿La moral que fundamenta unas cláusulas intangibles o pétreas? Pero si en América Latina

existen instituciones que han normativizado fuertemente la moral que nos atraviesa culturalmente (piénsese la Iglesia, por ejemplo), ¿es esa la moral que se defiende? No, el neoconstitucionalista, para ser consecuente por los peligros que ello representaría, dirá que defiende una moral laica (que no es la que circula en nuestra sociedad) que él identifica con unos principios o valores, que ya no derivan su superioridad de estar en la constitución (pues de afirmarlo caería en el mismo dilema del positivismo ideológico antes expuesto), pero a la larga ¿esos principios no son lo que él considera debiera ser correcto? Esto sí sería una laguna ideológica en términos de Kelsen: se enfrenta una norma escrita (en este caso constitucional) a lo que se considera debería ser la constitución.

Sobre el neoconstitucionalismo ideológico, véanse las referencias críticas presentes en: PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. p. 134-137; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. En: CARBONELL, Neoconstitucionalismo(s), Op. Cit., p. 170-172.

- 35 Estos artículos fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-620 de 2001, en tanto consideró que el Congreso de la República debería regular el derecho fundamental de *habeas corpus* y los recursos y procedimientos para su protección por medio de ley estatutaria y no por ley ordinaria. Este criterio fue defendido nuevamente en la sentencia C-193/05.
- 36 Las consecuencias perversas de la forma en que se reguló el Habeas Corpus en la ley 600, fueron denunciadas de la siguiente manera: “Tales artículos regulaban de manera insuficiente las circunstancias de privación de la libertad en las que cabía el recurso de habeas corpus por ocuparse exclusivamente de la privación de la libertad por captura, lo cual desprotegía ámbitos esenciales de la libertad personal y excluía el habeas corpus de otras hipótesis aún más gravosas de privación arbitraria de la libertad”. Corte Constitucional, sentencia C-646/2001.
- 37 Estos nuevos paradigmas tienen incidencia en la disciplina jurídica. BOTERO BERNAL, Andrés. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: Diritto e questioni pubbliche. No. 4 (dicembre 2004). ISSN 1825-0173. En Línea: www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-4/studi.htm
- 38 TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. Reglas y principios en el razonamiento jurídico. Colombia: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2003. Págs. 91-92.
- 39 KELSEN, Teoría..., Op. Cit., p. 66-67.
- 40 Para Geertz, la “configuración de los hechos” no son simplemente cosas localizadas en desorden en el mundo y presentadas conjuntamente ante el tribunal, al más puro estilo de “mostrar e informar” sino “diagramas cerrados de realidad que produce el propio proceso de equivalencias”, por lo cual “todo el fenómeno resulta poco menos que un acto de presdigitación”, o sea, “es un acto de representación”. En este sentido “la versión de los hechos para que pueda ser escuchada y valorada por los jueces, es solo eso, una versión”, por tanto, “el derecho propone un mundo en el que tengan sentido sus descripciones” y por lo mismo “una manera determinada de imaginar lo real. No es lo que sucedió, sino lo que sucede lo que el derecho observa, y si el derecho difiere de un lugar a otro, de una época a otra, de un pueblo a otro, lo que éste observa también lo hace” GEERTZ, Clifford [1983]. Conocimiento local. Trad. Alberto López Bargados. Barcelona: Paidós, 1994. [edición original: *Local knowledge. Further essays in interpretative anthropology*, Basic Books]. p. 202.
- 41 *Ibíd*, pp. 195-205.
- 42 Un ejemplo de la búsqueda de un mejor derecho escrito que no implique el camuflamiento o la negación de la discrecionalidad fueron los estudios de Roscoe Pound (Harvard University) sobre el legal Standard, los de Edouard Lambert (Université de Lyon) sobre la costumbre y la codificación en los países musulmanes y el egipcio Al-Sanhûrî (discípulo del segundo y gran estudio del primero) sobre la norma vaga. Esto me hace recordar cómo el debate actual de superación del formalismo tiene gran similitud (invisibilizada por los contemporáneos) de los debates surgidos con ocasión del primer centenario del código de Napoleón. PETIT CALVO, Carlos. Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el *Institut* de Lambert. En: BOTERO y ESTRADA, Temas de..., Op. Cit., capítulo 8. PETIT, Carlos. Lambert en la tour Eiffel, o el derecho comparado

de la *belle époque*. En: *La comparazione giuridica tra ottocento e novecento: incontro di studio*, No. 19. Milano: Istituto Lombardo di scienze e lettere, 2001.

- 43 BOTERO BERNAL, Andrés. Las condiciones de posibilidad de la ciencia jurídica en Antioquia. En: Academia, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Año 2 No. 4 (2004); pp. 171-198.
- 44 Tema central de la ponencia del autor de este ensayo en el Primer Seminario Internacional de Teoría General del Derecho: Principios Jurídicos, denominada “El discurso principialístico como discurso político en el Estado Social y Democrático de Derecho”, Universidad de Medellín, Medellín, 24 de octubre de 2003. La tesis del surgimiento del principialismo en el desencanto frente al legislador, fue citada por Valencia (VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 2005. p. XV), adalid del iusnaturalismo principialístico, pero quien ignoró la crítica que en dicha ponencia se hacía con respecto a la dictadura de las escuelas jurídicas sobre el derecho mismo, al autoproclamarse como los nuevos legisladores con el siguiente axioma: los principios rigen, y como los principios son indeterminados, los teóricos autorizados serán los encargados de dilucidar su contenido que será el nuevo vértice de la pirámide jurídica.
- 45 KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. Trad. Agustín Contin. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 233. Igualmente, GIRALDO CHAVARRIAGA, Jhon Alexander. *La inconmensurable tesis de Thomas S. Kuhn*. En: *Revista Utopía*, Universidad del Cauca, Popayán. No. 19 (abril de 2004); p. 23-29.
- 46 Peligros expuestos de manera somera en: BOTERO BERNAL, Andrés. *Los retos del jurista internacionalista en la contemporaneidad*. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM – México, Volumen IV, 2004.
- 47 La utopía no debe ser rechazada, antes bien, es importante. Pero al momento de proponerse opciones políticas concretas para la salida de problemas específicos, son preferibles las alternativas posibles que las utópicas.
- 48 Afirma Luís Prieto: “[E]l neoconstitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes alejada del legalismo, una nueva teoría de la norma que dé entrada al problema de los principios...”. CARBONELL, Op. Cit., p. 158.
- 49 Citado por Prieto, en: *Ibíd*, p. 134.
- 50 “La justicia se perfila en nuestras sociedades como fundamento por algo que va más allá de lo consuetudinario: la historicidad y la culturalidad tanto de este valor como del derecho mismo, en tanto han sido asimilados, comunicados, entroncados constantemente, siendo soporte de imaginarios sociales y representaciones colectivas construidos en espacios de tiempo prolongados”. BOTERO, *La jerarquía...*, Op. Cit.